Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IX.

Muß der Käufer das Kaufgeld zahlen, ehe er die gekaufte Sache empfangen hat?

Von

Herrn Geheimen Regierungsrath **Heerwart** zu Eisenach.

Die obige Frage, welche meines Wissens Schenck [1]) zuerst und bis jetzt auch allein bejahend beantwortet hat, kommt so oft im praktischen Leben vor, daß eine nochmalige Beleuchtung derselben wohl nicht als überflüssig erscheinen kann. Ich habe gegen Schenck's Behauptung die gewöhnliche Lehre zu vertheidigen gesucht [2]); Schenck aber beharrt [3]) auf seiner singulären Meinung und glaubt meine Einwendungen dagegen vollständig widerlegt zu haben.

Zunächst behauptet er, daß die von ihm Band 17, Seite 114 angeführten Gesetze direct für seine Meinung sprächen. Es sind dies die bekannten Stellen [4]), in welchen gesagt wird, daß der Käufer mit der actio emti die Uebergabe der

1) Archiv f civ. Praxis, Bd. 17, Nr IV, §. 8. fgg. Ich beschränke mich hier auf die in der Ueberschrift enthaltene Frage. Eine weitere Erörterung über die viel bestrittene Eigenschaft der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, muß ich mir für eine andere Gelegenheit vorbehalten, da sie nach dem dermaligen Stand der Streitfrage über die ganze Lehre von den Einreden überhaupt sich verbreiten muß, und es mir zu einer solchen umfassenden Arbeit dermalen an Zeit gebricht.

2) Diese Zeitschrift Bd. 18, Nr. XV, §. 3.

3) Das. Bd. 20, Nr. XV, §. 14.

4) L. 11, §. 2. L. 13, §. 8. de act. emti (19, 1.) L. 8. in f. C. eod. (4, 49.) L. 31, §. 8. L. 57. pr. de aed. ed. (21, 1.)

gekauften Sache nicht erlangen könne, bevor er den Kaufpreiß gezahlt hat. Es steht aber kein Wort davon darin, daß der Verkäufer den Preiß verlangen könne, ehe er die verkaufte Sache übergeben, oder sich wenigstens dazu bereit erklärt hat; also ist wenigstens ein direkter Beweis für Schenck's Meinung in diesen Stellen nicht enthalten. Höchstens könnte man argumento a contrario sagen: weil in den Stellen nur dem Verkäufer die Befugniß gegeben ist, die Leistung zurückzuhalten, bis ihm die Gegenleistung gegeben oder wenigstens angeboten wird, so hat der Käufer diese Befugniß nicht, und der Schluß ließe sich allerdings wohl hören, wenn jene Stellen die einzigen wären, welche das deßfallsige Verhältniß des Verkäufers und Käufers zum Gegenstand hätten.

In Beziehung auf das, was Schenck a. a. O. S. 473 weiter auf meine Einwürfe gegen die aus der Natur des Kaufvertrags hergenommene Begründung seiner Meinung über die Vorleistungspflicht des Käufers erwiedert, habe ich nur zu bemerken, daß ich bei dem angeführten Beispiele der zwischen Gästen und Wirthen in Gasthäusern und andern öffentlichen Orten vorkommenden Kaufverträge nur an verzehrende, nicht an Quartier nehmende Gäste gedacht habe, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, daher denn dabei an ein aus Kauf und Miethe zusammengesetztes Geschäft nicht zu denken ist.

Doch das sind nur Nebengründe. Die Hauptsache bleiben immer die Stellen, welche ich zum Beweis, daß auch der Käufer bis zur erhaltenen oder angebotenen Gegenleistung sein Kaufgeld zurückhalten dürfe, angezogen habe, und welche Schenck vollständig beseitigt zu haben glaubt.

Sehen wir, ob und wie das wirklich geschehen ist.

a) Von der L. 5. §. 4. de doli except. habe ich (Band 18, S. 391.) gesagt, es müsse dabei schon bedenklich machen, daß Paulus bei einer redhibirten Sache dem auf das Kauf-

geld belangten Käufer nicht blos die exceptio redhibitionis, ſondern auch die exceptio mercis non traditae gebe.

Darüber geht Schenck mit der kurzen Bemerkung hinweg, die Bd. 17, S. 116, Note 21 erwähnte Fiction entfernte alle Bedenklichkeit.

An dieſer Stelle ſteht:

> in der Sprache der Geſetze werde überall angenommen, als ſey vom Verkäufer nicht tradirt worden, ſobald dem Käufer die Sache wieder abgenommen worden.

Aber gerade dieſe auch von mir (Bd. 18, S. 391, Note 3, 4.) behauptete Fiction iſt es eben, welche die Bedenklichkeit begründet. Wird dem auf das Kaufgeld belangten Käufer, der die ihm früher übergebene Sache wegen eines Gewährsmangels redhibirt hat, auch die exceptio mercis non traditae gegeben, weil es ſo angeſehen wird, als ſey ſie ihm gar nicht tradirt worden, ſo muß man doch — will man nicht alle Logik verleugnen, — zugeben, daß dieſe Einrede nothwendig auch dem Käufer zuſtehen muß, der wirklich, nicht blos fictitie, die gekaufte Sache noch nicht tradirt erhielt, und gleichwohl auf das Kaufgeld belangt wurde. Welchen andern vernünftigen Sinn könnte denn die exceptio mercis non traditae ſonſt haben? Hiermit iſt eigentlich die Richtigkeit der Meinung, daß auch dem Käufer die exceptio non adimpl. contr. zuſtehe, über alle Zweifel erhoben. Allein auch die andern von mir angezogenen Stellen beſtätigen das noch mehr. Auch

b) die L. 25. de act. emt. (19, 1.) belegt mit klaren Worten das rechtliche Daſeyn einer dem Käufer zuſtehenden exceptio rei non traditae. Um dagegen ſeine Meinung zu retten, ſieht ſich Schenck S. 450 genöthigt, Sätze über die Tradition zu behaupten, die meines Wiſſens noch Niemand aufgeſtellt hat. Es ſoll zur Tradition die Apprehenſion von Seiten des Erwerbers gar nicht erforderlich, jene als einſeitige Uebergabehandlung ſchon angenommen werden, wenn nur der Käufer in den Stand geſetzt wurde, den Beſitz der

Sache zu ergreifen, und die Apprehenſion auch nicht hinzukam, letztere vielmehr nur für die Folge des Eigenthumserwerbes erforderlich ſeyn. Es ſoll ferner der Käufer von Zeit des geſchloſſenen Kaufs an die Sache ſchon ſo gut als die ſeinige anſehen können, bei der emtio in herbis ſogar alsbald Eigenthümer der herba werden, darum bei dem Kauf der vindemia pendens die Uebergabehandlung durch die im Kaufvertrag liegende Erlaubniß zur lectio erſchöpft ſeyn. Hieraus wird nun die Folgerung gezogen, daß, wenn im Falle der L. 25 der Verkäufer das Abnehmen der Trauben hindere, er etwas ſchon Gegebenes zurücknehme. Allein Sprache und Geſetze widerſtreben dieſen Lehren. Ohne ein Hinnehmen von der andern Seite iſt wohl ein Anbieten, aber nimmermehr ein wahres Geben, geſchweige denn ein Uebergeben denkbar, welches ſchlechterdings einen Uebergang von einem zum andern erfordert. Und ebenſo liegt ſchon im Worte traditio (trans datio), daß etwas von einem zum andern übergehen muß. Allerdings gibt es Fälle, wo Uebergang des Beſitzes angenommen wird, obgleich keine körperliche Berührung vorgekommen iſt [5]), aber dann iſt auch die Tradition und durch ſie Uebergang des Eigenthums, wo ſolcher beabſichtigt wird, vollendet. Niemals aber wird die bloße Erklärung des einen Contrahenten, der andere ſolle den Gegenſtand des Vertrags ergreifen dürfen, für Tradition angeſehen, immer muß von Seiten des Empfängers etwas dazu kommen, was als Beſitzergreifung gelten kann. So ſagt L. 51. de acq. poss. (41, 2.):

> si acervum lignorum emero, et eum venditor me tollere jusserit, simulat que custodiam possuissem, traditus mihi videtur.

Und L. 14. §. 1. de per. et comm. rei vend. (18, 6.):

> videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.

Alſo nicht die bloße Erlaubniß der Wegnahme (lectio im

5) vergl. Savigny, vom Beſitz, §. 14—18.

Falle der L. 25. de act. emti) erſchöpft die Tradition, ſondern eine Beſitzhandlung des Andern. Ja obgleich in Fällen, wo Ueberlaſſung des Eigenthums zu der ſchon vorhergegangenen Uebertragung des Naturalbeſitzes hinzutritt, alle Wirkungen der wirklichen traditio, Uebergang des juridiſchen Beſitzes und des Eigenthums angenommen werden (L. 9. §. 1. de publ. in rem (6. 2.). L. 62, de evict. 21, 2. L. 77. de R. V. 6. 1.), ſo wird doch das Daſeyn einer wirklichen Tradition geleugnet, zum klarſten Beweis, daß in einer blos wörtlichen Erklärung des Ueberlaſſenden keine Tradition liegt, §. 44. J. de rer. div. (2. 1):

> Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud te deposuerit, postea aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim tibi acquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset.

Wahr iſt es, daß eine eigentliche Uebergabe bei der emtio vindemiae pendentis nicht geſchehen kann, darum wird eben die mit Willen des Verkäufers geſchehene Wegnahme (lectio) als Tradition angeſehen. Sehr bezeichnend ſagt deshalb in einem ähnlichen Fall L. 6. de donat. (39. 5.):

> quis saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa: statim cum lapis exemtus est, meus fit, neque prohibendo me evehere, efficit ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est... sed si is, qui a me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi jure eximere, si antequam eximat, me poenituerit, meus lapis durat: si postea, ipsius factum avocare non possum; quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate.

Es iſt allerdings nur eine quasi traditio, aber ſo viel geht daraus unleugbar hervor, daß nicht die permissio eximendi, ſondern die exemtio ſelbſt erſt die Tradition vertritt.

Wenn Schenck weiter behauptet, der Käufer könne von Zeit des geſchloſſenen Verkaufs an die res emta ſchon ſo gut als die ſeinige anſehen, ſo muß man billig fragen, was damit in Beziehung auf den hier in Rede ſtehenden Punkt eigentlich geſagt ſeyn ſolle. Die angezogene L. 143 de V. S. [6]) enthält einen Vergleich, der aber dem gewöhnlichen Schickſal aller Vergleiche, dem Hinken, nicht entgeht. Denn wer möchte wohl leugnen, daß zwiſchen dem wirklichen Beſitz einer Sache und einer dinglichen oder perſönlichen Klage auf dieſelbe in der That ein himmelweiter Unterſchied iſt? Oder ſoll etwa der Käufer ſchon durch den Kauf Eigenthümer werden, weil er eine Klage auf Ablieferung der Sache hat, und in ſolchem Fall es ſo angeſehen werden ſoll, als habe er die Sache ſchon bei ſich, unter welcher Vorausſetzung allerdings das Eigenthum auf ihn übergegangen ſeyn würde? Wäre freilich wahr, was Schenck weiter ſagt, daß bei der emtio in herbis der Käufer ſogleich Eigenthümer würde, ſo müßte man zugeben, daß conſequenter Weiſe bei der emtio vindemiae pendentis daſſelbe anzunehmen ſey, und würde ſich es nicht erklären können, warum die römiſchen Juriſten bei ſo ganz gleichartigen Fällen ſo ganz entgegenſetzte Rechtsgrundſätze aufgeſtellt hätten. Allein wenn auch Cocceji und Struben an den von Schenck angeführten Stellen das beiläufig äußern, ſo ſteht dieſe Aeußerung mit den klarſten Geſetzſtellen [7]) in ſolchem directen Widerſpruch, daß in der That jede Widerlegung von Ueberfluß wäre. Sind nun

---

6) Id apud se habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim quod peti potest.

7) vergl. §. 35. J. de R. D. (2, 1.) L. 60. §. 5. locati (19, 2.) L. 61. §. 8. de furtis. (47, 2.)

hiernach alle obigen Vorausſetzungen Schenck's nicht richtig, ſo kann es auch die daraus gezogene Folgerung nicht ſeyn. In dem Fall der L. 25. de act. emti nimmt der Verkäufer der vindemia pendens durch Verhinderung der lectio nicht etwas zurück, was er ſchon gegeben hatte, denn er hatte ja noch nichts gegeben, er hat eben nichts mehr und nichts weniger gethan als jeder Verkäufer, der die verſprochene Sache dem Käufer zu übergeben ſich weigert. Dort wie hier iſt in den factiſchen Verhältniſſen des Käufers nicht die geringſte Aenderung eingetreten. Darum beziehen ſich auch die Worte „post traditionem“ in der L. 25. de act. emti wortklar nicht, wie Schenck S. 451 ſagt, auf die Tradition, zu welcher körperliche Ergreifung hinzugekommen, ſondern auf die Tradition, welche durch das Ergreifen vollendet war. Das Geſetz unterſcheidet augenſcheinlich zwei Fälle; den einen, wo der Verkäufer der vindemia pendens das Abnehmen, den andern, wo er das Keltern oder Wegbringen der ſchon geleſenen Trauben verhindert. Beide ſind ſtrenge Gegenſätze und unterſcheiden ſich weſentlich durch die dabei Statt findenden Rechtsmittel. Wird nun der letzte Fall mit dem „post traditionem“ bezeichnet, ſo muß vom andern unausweichlich das „ante traditionem“ angenommen werden.

c) Bei L. 34. §. 3. de contr. emt (18. 1.) hat Schenck S. 454 überſehen, daß ſie von mir gar nicht zum Beweis der rechtlichen Eigenſchaft der except. non adimpleti contr., ſondern nur zu dem Beweis gebraucht worden iſt, daß auch der Verkäufer mit der Forderung des Kaufgeldes zurückgewieſen werden könne, wenn er die gekaufte Sache nicht übergeben hat oder wenigſtens anbietet. Denn nur von der letzten Frage handelt §. 3. meiner Abhandlung, wo die Stelle angeführt iſt, während mit jener §. 4 ſich beſchäftigt. Dadurch, daß er beide Fragen untereinander mengt, macht er die Sache etwas undeutlich. Indeſſen ſieht man doch, daß

hier nach Schenck's Meinung ein ganz besonderer Fall vorliegen und das Zurückbehalten des Kaufpreißes erklären soll. Allerdings liegt ein besonderer Fall, nämlich der eines s. g. negotii claudicantis vor. Paulus unterscheidet drei Fälle beim Verkauf eines gestohlenen Sklaven. Entweder wußten beide Theile, daß er gestohlen war, dann ist der Vertrag nichtig, oder der Käufer wußte es allein, dann „non obligabitur venditor," oder der Verkäufer wußte es allein, dann „utrimque obligatio contrahitur."

Die Gegensätze nöthigen zu der Annahme, daß im zweiten Fall der Käufer verbindlich werde, wenn es auch nicht mit dürren Worten gesagt ist, denn sonst könnte ja von einer Klage des Verkäufers gar nicht die Rede seyn, die doch augenscheinlich als statthaft betrachtet wird. Nun ist doch die Verbindlichkeit des Käufers keine andere, als die aus dem Kaufe; wenn also der Verkäufer sein daraus entspringendes Recht verfolgt, so muß er gegen sich gelten lassen, was eben die rechtliche Natur des Kaufvertrags mit sich bringt. Er erwirbt nicht erst durch die Tradition eine noch gar nicht bestehende Forderung, sondern die steht ihm ex vendito, also aus dem Vertrag schon zu. Es braucht daher kein Grund nachgewiesen zu werden, warum das, was von der Verbindlichkeit des Käufers in diesem Falle gesagt ist, von der Traditionspflicht jedes Käufers gelten müsse, sondern es müßte umgekehrt irgend ein Grund nachgewiesen werden, warum in diesem Fall etwas Anderes Recht seyn soll, als was von jedem Kaufvertrag gilt. Die Furtivität des verkauften Sklaven allein hat aber, wie der Schluß der Stelle lehrt, gar keine besondern Folgen, und die Bekanntschaft des Käufers damit nur die, daß der Verkäufer nicht verbindlich wird.

d) Gegen die Stelle aus Gajus comm. IV. §. 126. weiß sich Schenck S. 451 nicht anders zu helfen, als daß

er annimmt, es wäre bei den Argentarien (die Stelle nennt zufällig einen ſolchen als Verkäufer) etwas Beſonderes geweſen. Allein in der Stelle iſt auch nicht eine Sylbe enthalten, welche einen ſolchen weſentlichen Unterſchied andeutete, noch iſt ſonſt irgend ein plauſibler Grund dafür angeführt. Stände die Stelle iſolirt in unſern Quellen, ſo möchte eine Conjectur der Art ſich eher hören laſſen, allein da noch in zwei andern nicht von Argentarien redenden Stellen eine exceptio rei non traditae dem Käufer gegeben wird, ſo iſt es gewiß eine nicht zu billigende Willkühr zu nennen, wenn man den Ausſpruch des Gajus auf Argentarien beſchränken will.

Wenn ferner

e) Schenck S. 466 den aus L. 39. in fin. de solut. 46. 3. für meine Anſicht entnommenen Unterſtützungsgrund mit der Bemerkung abzufertigen glaubt, daß Depoſitionsgründe die ſonſt regelmäßigen Leiſtungspflichten abänderten, ſo muß man billig fragen, was er denn für einen andern Depoſitionsgrund in dem Falle der L. 39 vorausſetzt, als welcher darin mit dürren Worten angegeben iſt, nämlich den:

quod invicem parum fidei haberent.

Dieſer Grund liegt aber immer vor, wenn ein Contrahent mit ſeiner Leiſtung nicht voran gehen will, wenigſtens kann er immer gebraucht, und dadurch Schenck's Regel, daß der Käufer mit ſeiner Leiſtung vorangehen müſſe, immer von dieſem umgangen werden, denn er darf nur ſagen, „ich traue dem Verkäufer nicht.“ Dies beweiſt klar, daß die Regel irrig iſt. Welchen irgend nur denkbaren Grund hätte denn auch der Verkäufer haben können, den Kaufgegenſtand zu hinterlegen, wenn er nach Schenck's Meinung denſelben hätte vorerſt behalten und doch das Kaufgeld mit Erfolg einklagen können?

f) Einen neuen Grund gibt noch L. 78. §. 2. de contr. emt. (18, 1.) an, wo ein Fall erzählt wird, daß einer

> fundum ex lege emerat, ut soluta pecunia, traderetur ei possessio.

Offenbar iſt durch dieſe Nebenverabredung etwas über die Zeitfolge der gegenſeitigen Leiſtungen beſtimmt, nämlich, daß der Käufer mit der Zahlung des Kaufgeldes vorangehen ſolle. Wäre es nun von ſelbſt ſchon Rechtens, daß der Käufer vor der Tradition zahlen müſſe, ſo ließe es ſich gar nicht erklären, warum der Verkäufer dieſe Nebenbedingung gemacht, warum Labeo den Fall als einen beſondern hervorgehoben hätte.

Was endlich

g) Schenck S. 453 gegen die Beweiskraft aller obigen Stellen anführt, daß nämlich, hätte der auf das Kaufgeld belangte Käufer die vorgängige Tradition der merx ebenſogut excipiendo verlangen können, als der belangte Verkäufer die Zahlung des Kaufgeldes, es der Aufnahme dieſes Einwandes in die formula gar nicht bedurft hätte, weil dieſer Einwand ſofort durch den Kaufvertrag liquid geweſen ſey, es mithin zur actionis datio gar nicht habe kommen können, daß demnach obige Stellen ein anderes Verhältniß vor Augen gehabt haben müßten, erledigt ſich durch die Frage, wo es denn geſchrieben ſtehe, daß die exceptio mercis non traditae in die Formel aufgenommen worden ſey. In den fraglichen Stellen ſteht es wenigſtens nicht, denn da heißt es blos

> „summovetur venditor exceptione.“
> „objicitur ei exceptio“
> „nihil consequitur“

und alles das konnte auch in jure vorkommen; es war auch möglich, daß der Käufer ſich begnügte, der Klage des Ver-

käufers in jure im Allgemeinen zu widerſprechen, ohne die exceptio mercis non traditae vorzuſchützen, und dieß erſt in judicio nachholte.

Endlich war es möglich, daß der Verkäufer gegen die exceptio mercis non traditae eine replicatio, z. B. daß er bereits erfüllt habe, oder wegen des den Käufer treffenden zufälligen Untergangs der Sache von deren Leiſtung frei geworden, oder daß etwas anderes verabredet worden ſey (Gajus IV. §. 126), vorſchützte, die vom Beklagten nicht ſofort zugeſtanden wurde, und deshalb zur weitern Verhandlung vor dem judex ausgeſetzt werden mußte, und in dieſem Falle konnte unſere Einrede füglich in die formula mitaufgenommen werden, obſchon es nicht gerade nothwendig war, um ihre Wirkſamkeit in judicio bei dieſer actio bonae fidei zu ſichern [8]).

8) Wenn gleich nämlich keineswegs unbedingt alle Exceptionen in den b. f. judiciis der Aufnahme in die formula entbehren konnten, um in judicio Beachtung zu finden; Hefftter Inſtit. des Civilproc. S. 280. Note 25; Zimmern Rechtsgeſch. Bd. 3. S. 191, ſo war das doch gewiß bei der except. doli der Fall. L. 21. sol. matr. (24, 3.) L. 38. 58. de her. petit. (5, 3.) und daß unſere except. mercis non traditae unter der ſ. g. exc. doli generalis mitbegriffen ſey, zeigt der in L. 2. §. 5. de exc. doli (44, 4.) aufgeſtellte Begriff der letztern und die Stellung der erſtern in L 5, §. 4 de except. doli unter dieſem Titel. S. auch Hefftter Zuſätze zu Weber von der Beweislaſt S. 288.